

EL ROL DE PROTECCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL CON LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN COLOMBIA Y SU INCIDENCIA EN EL MEDIOAMBIENTE EN TIEMPO DE PAZ Y EN TIEMPO DE CONFLICTO*

José Vicente Andrade Otaiza**
Universidad Católica de Colombia

Resumen

El presente artículo presenta la estructuración y el posterior tratamiento de instituciones indígenas implantadas en América, y especialmente en Colombia, durante la conquista y la colonización españolas sobre los territorios indígenas en los que hoy se asientan diversas culturas. De esta manera, se plantea la problemática que para la adquisición de identidad presentó en los naturales que habitaban estos

* Capítulo de libro que expone resultados de investigación del proyecto titulado *Desafíos contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios*, que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e Implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como tipo A1 por Colciencias y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

** Docente de la Universidad Católica de Colombia en Comisión de Estudios; participante de cursos intensivos; Doctorado en Derecho Privado, Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: jvandrade@ucatolica.edu.co

territorios la conquista y la colonización, generadas, entre otros aspectos, por su inclusión en la vida “moderna”, a través de su aculturación mediante la inserción de instituciones europeas de estirpe medieval.

Paralelamente se plantea la concepción del resguardo desde su implantación en Colombia, su noción y regulación, hasta antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, para posteriormente, y con fundamento en la “dogmática” de la Corte Constitucional colombiana, presentar de manera algo general la esperanza de las comunidades indígenas, representadas en las reglas y subreglas atinentes a sus derechos y autonomía, derivadas de la interpretación de precisos preceptos constitucionales por el tribunal constitucional de cierre en Colombia. Dicha interpretación, vigente hoy, es el punto de partida de importantes aspectos jurídicos relacionados especialmente con derechos humanos en la actual época del posconflicto una vez suscrito el Acuerdo de Paz entre la República de Colombia y el movimiento insurgente denominado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

Dicho fenómeno de implantación de instituciones foráneas ajenas a la cultura indígena, que otrora generó en el inconsciente colectivo autóctono importante grado de desesperanza, como se ilustra en la protesta social vanguardista del nadaísmo que se fue imbricando en la cultura autóctona, hoy presenta, gracias a la “dogmática” constitucional, un importante grado de esperanza en el respeto de sus derechos culturales que se patentiza en trascendentales decisiones judiciales, especialmente en sede de tutela, que a pesar de la inexistencia de normas positivas, tiene reglas más o menos claras de interpretación de los derechos del multiculturalismo en Colombia.

Introducción

*Éramos dioses y nos volvieron esclavos.
Éramos hijos del Sol y nos consolaron con medallas de lata.
Éramos poetas y nos pusieron a recitar oraciones pordioseras.
Éramos felices y nos civilizaron.
Quién refrescará la memoria de la tribu.
Quién revivirá nuestros dioses.
Que la salvaje esperanza sea siempre tuya,
querida alma inamansable.*

Gonzalo Arango Arias (1931-1976)⁴⁰⁵

En este capítulo se presenta de manera general, a través de un breve estudio del resguardo y, por ende, del cabildo indígena, la situación de la protección de los derechos de las comunidades indígenas en Colombia, nacidas de la inclusión de dichas culturas autóctonas en la vida “moderna”, mediante su inserción a través de instituciones europeas de estirpe medieval, sin mediar un tratamiento adecuado que beneficiara la cultura ancestral de estas. Para el efecto, en este escrito se presenta, de manera general, el tratamiento de una parte del multiculturalismo en Colombia; el enfoque de estudio se centra en culturas indígenas como la páez, que desde la conquista hasta la actualidad ha sobrevivido a pesar de habitar una de las regiones con mayor índice de violencia y de vulneración de los derechos humanos, como lo es el territorio que comprende el departamento del Cauca.

Es solo hasta la expedición de la Constitución Política de 1991, y con relación a su interpretación frente a los derechos de las comunidades indígenas y su variedad cultural efectuada por la Corte Constitucional, que se ha venido creando una “dogmática” de la multiculturalidad que cuente con el respeto de sus usos y costumbres ancestrales, pues ni el Ejecutivo ni el Legislativo, a pesar de los mandatos constitucionales derivados principalmente del parágrafo del artículo 246 de la Constitución Política, han expedido normas que reglamenten aspectos como la jurisdicción especial indígena, el fuero indígena o el debido proceso en cumplimiento del expreso mandato constitucional.

405 Gonzalo Arango Arias, “La salvaje esperanza”. En *Fuego en el altar* (Madrid: Plaza & Janés, 1974).

Para ilustrar de manera literaria el fenómeno, se presenta al inicio del presente artículo el poema “La salvaje esperanza” de Gonzalo Arango,⁴⁰⁶ que se refiere a la frustración de los aborígenes y mestizos en el proceso de conquista y colonización —y, en general, de aculturización— que se vivió en toda América Latina y en Colombia. Dentro de este proceso, dos de las figuras de sometimiento que instauraron los españoles en estas tierras se concretan en el cabildo y en el resguardo indígena, instituciones implantadas en América para concentrar a los indígenas en un territorio y someterlos al proceso de cristianización, así como para hacerlos sujetos del pago de tributos al rey, permitiéndoles decidir sus asuntos solo sobre determinados aspectos que no contrariaran los intereses de la Corona española, aunque fuesen opuestos a sus tradiciones.

Por todo lo anterior, en este breve estudio me refiero al resguardo indígena en Colombia como un símbolo de dominación cultural con importante relevancia en el estudio de los derechos humanos. Este resguardo lleva aparejado al “cabildo indígena” como institución que permite tomar, en un territorio determinado y en el interior de dichas comunidades, las decisiones más importantes atinentes a su forma de vida en comunidad. Este último enfoque hacia la cultura páez —sin dejar de mencionar otras culturas nativas— obedece a que el proceso de aculturación padecido por estas comunidades caucanas es el modelo general más conocido en el país, entre otros factores, como ya se indicó, por la afectación de la violencia guerrillera, aun con movimientos indígenas propios como lo fue el Quintín Lame. En la parte final del texto se plantean de manera sintética las ponencias más relevantes que sobre el particular ha presentado la Corte Constitucional en sede de tutela.

Los resguardos indígenas en Colombia: el caso de los paece, Tierradentro

Los paece o nasa, palabra que significa ‘gente’, ocupaban, a la llegada de los españoles en el siglo XVI, terrenos en inmediaciones de La Plata, Huila, organizados en parcialidades a cargo de una persona, y su poblamiento disperso fue calculado en 10.000 habitantes dedicados al cultivo de la yuca, el maíz y la coca. Compartían el territorio junto con los pijaos (caribes) y guanacas, con los que sostenían alianzas militares e intercambios económicos. Sus vínculos militares

.....
406 *Ibíd.*

con los yalcón y los pijao son tomados como elemento para elaborar la hipótesis de su origen karib. Existieron para ellos tres caciques destacados: Avirama, Páez y Suin, quienes sobresalieron en sus luchas para frenar la invasión de los conquistadores españoles.

Actualmente los paeces habitan 96 resguardos en los departamentos de Cauca, Huila, Putumayo, Caquetá, Meta y Valle. Sin embargo, es la región conocida como Tierradentro, nombre dado por los colonizadores españoles a una zona de difícil acceso, rodeada de montañas enormes y ubicada en la vertiente oriental de la cordillera Central, en el departamento del Cauca, el hábitat natural de esta etnia; es un triángulo geográfico formado por los contrafuertes orientales de la cordillera Central y las cuencas hidrográficas de los ríos Páez y Yaguará al oriente, y La Plata y el Páez al sur.

Tierradentro se caracteriza por ser un territorio fundamentalmente indígena en el que habitan paeces, guambianos, coconucos y totoroos, y donde coinciden igualmente mestizos, campesinos y negros. Sin embargo, solo el 20% de sus habitantes habla la lengua páez o nasa yuwe.⁴⁰⁷

Algunos aspectos característicos de la conquista y la colonización

Lo que sucedió con el descubrimiento de América en cierta forma coincide con el proceso de obtención de identidad propia por parte de los habitantes de nuestro continente, tras el proceso de colonización y aculturación a que fueron sometidos por parte de los españoles, pues inclusive hoy en día se desconoce o ignora por el Estado colombiano la verdadera identidad cultural de muchos pueblos indígenas, particularmente sobre asentamientos ubicados en lo que hoy es la selva amazónica colombiana a través de los ríos Guayabero y Ariari.⁴⁰⁸

- a. En efecto, el descubrimiento conllevó una aventura que planteó equívocos en cuanto se refiere al objeto descubierto. Cristóbal Colón, en la madrugada del 12 de octubre de 1492, arribó a tierras americanas a la isla de nombre Guanahaní; cuando días después tropezó con lo que se llamó Haití, Colón la bautizó con el título de La Española, que consideraba la

407 Corporación Nasa Kiwe, "La cultura Páez", 2015, <http://www.nasakiwe.gov.co/nsk-8-33-la-cultura-paez>.

408 Alfredo Molano, *Selva Adentro. Una historia oral de la colonización del Guaviare*, 4.ª ed. (Bogotá: Ancora Editores, 1999).

tierra de Cipango, o sea, Japón. Más tarde, al llegar a Cuba creyó que estaban el antiguo Catay, o sea, en China. En su cuarto viaje, en 1502, al tocar en la costa de Honduras creyó que era la Quersoneso de Oro, de Tolomeo, es decir, la península meridional de la Indochina. Cuando le informaron que más hacia el sur había otro océano, supuso que estaba a poca distancia del río Ganges. Cuando al regresar a España en 1504 ocurre su fallecimiento, no supo lo que había descubierto.⁴⁰⁹

- b. Como se deja ver en el poema de Arango Arias, la desesperanza de los indígenas en épocas pretéritas clavó su origen en la carencia de claridad sobre el futuro de las culturas ancestrales y el respeto de sus derechos, pues, antes, como hoy, tanto a los españoles como a la clase política colombiana de turno poco les importó la protección de la identidad cultural de los aborígenes, sino que el centro de atención fue la explotación económica, o con el nombre moderno: el consumo.⁴¹⁰ Prueba de ello es la ausencia de normas que reglamenten la autonomía jurisdiccional indígena, el fuero indígena, entre otros temas, tal como lo previó el parágrafo del artículo 246 de la Constitución Política. Desde este punto de vista económico, es de resaltar la semejanza de causas que se presentan en la conquista y la colonización de los territorios de América, con problemáticas culturales generadas por razones de colonización en otros continentes (como el sudafricano), dado que este fincó sus raíces, además de aspectos culturales de índole racial de los holandeses, en el propósito de suplir su necesidad de un puerto de recarga para su comercio con la colonia asiática (la ahora Indonesia). Lo anterior generó que se pusiera en marcha una ola de inmigración holandesa al territorio sudafricano como trabajadores de la Compañía Holandesa, en detrimento de los nativos de la región.⁴¹¹
- c. La gran “aventura” que conllevó el descubrimiento de América por los españoles obedeció de manera preponderante a las necesidades

409 Alirio Gómez Picón, *Las ideas políticas a través de la historia*. (Bogotá: Librería Colombiana - Camacho Roldán, 1967).

410 Gonzalo Arango Arias, “La salvaje esperanza”, *op. cit.*

411 Tania Giovanna Vivas Barrera, *Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016), 45.

imperiosas para hacer frente a situaciones como la ocupación de la península Ibérica por parte de los moros —y en particular el sitio— y la toma de Granada, así como para mantener su unidad política, presionada por la diversidad racial existente en España debido a la unión de los reinos de Castilla, Navarra, Aragón y de León por el matrimonio de los reyes Fernando e Isabel; y por las arraigadas diferencias culturales que generaban prejuicios irreconciliables entre castellanos (apegados a su tierra casi con misticismo), catalanes (comerciantes, díscolos y andariegos), vascos, gallegos, asturianos y andaluces (entroncados con visigodos y tartessos, que son artistas, sensuales e imaginativos).

Estos factores, entre otros, dieron una clara fisonomía o perfil especial tanto a la conquista como a la colonización de tierras y culturas de América del Sur, dado que la ferviente oposición que se les presentó por los nativos, a pesar de la gran diferencia o superioridad española respecto de armas y conocimientos tácticos, obedeció especialmente a la gran falta de unión y vigor que presentaron los españoles a su llegada a estas tierras. Lo anterior se manifiesta en ejemplos como el que narra Gómez con relación a la travesía del río Sinú, en búsqueda de tesoros:

Cuando Enciso, procedente de Santo Domingo, llega para apoyar a Ojeda, que lo esperaba, Pizarro hace parte y excursionan sobre el Sinú en busca de los tesoros que decían estar guardados en las tumbas de los aborígenes. Cuando estos intentan resistir, el soldado apela a los documentos que trae. [...] El documento decía más o menos que los gobernadores al desembarcar debían anunciar a los naturales los principales artículos sobre la fe de Cristo, informándolos sobre la jurisdicción suprema del Papa, sobre todos los reinos de la tierra para que fuese obedecido; instruirlos sobre la concesión hecha por Alejandro VI⁴¹² de estos países al Reino de España; requerirlos para que abrazasen la religión católica, y para que se sujetaran al monarca español. Si no aceptaban se les haría una intimación así: ‘yo entraré poderosamente contra vosotros, y vos haré guerra por todas partes y maneras que yo pudiese, y vos sujetaré al yugo y obediencia, y tomaré vuestras mujeres e hijos y los haré esclavos, y como tales los

412 El papa Alejandro VI, que puso término a las controversias entre las coronas de España y Portugal, profirió una Bula Papal que indicaba: “A nos en San Pedro concedida y de Vicario de Jesucristo, que ejercemos en las tierras con todos los señoríos de ellas, ciudades fuerzas, lugares, vidas, derechos, jurisdicciones y todas las pertenencias por el tenor de las presentes, las damos, concedemos y asignamos perpetuamente a vos y a los Reyes de Castilla y León, vuestros herederos y sucesores señores de ellas, con libre y lleno, y absoluto poder, con autoridad y jurisdicción. Este fue considerado el primer título de la propiedad territorial de España en América, y se concretó a las tierras que los indios, sus primeros ocupantes, abandonaron en la fuga o quedaron desiertas por extinción de su raza”.

venderé y dispondré de ellos como Su Majestad mandare; y vos tomaré vuestros bienes, y vos haré todos los males y daños que pudiere, como vasallos que no obedecen ni quieren recibir a su señor y le resisten y contradicen'. [...] ¿Qué contestaron los indígenas al extraño documento? 'que lo que decía que no había sino un Dios, y que este gobernaba el cielo y la tierra, y que era el Señor de todo, que les parecía y que así debía ser; y que el Rey que pedía y tomaba tal merced debía ser algún loco, pues pedía lo que era de otros'.⁴¹³

Las consecuencias son conocidas por todos, pues los indígenas se apresuraron a la guerra con valor, apelando al “curare” que hizo estragos entre los recién venidos y que puso a prueba cómo ese acto de ocupación violenta, respaldado en un papel que no entendían y que no podían aceptar, abriría la etapa de violencia en defensa de los derechos que legítimamente pertenecían a los aborígenes.

- d. Al no existir unidad racial ni unidad idiomática, se presentaron divisiones irreconciliables que se incrementaron con la fiebre de “El Dorado”, lo que desencadenó la crueldad contra los indígenas —que por lo general fueron pacíficos— y el exterminio entre los mismos conquistadores. De todo ello, quedarían gérmenes latentes, sin que resulte extraño que al mismo tiempo se mantuviera vivo un sentimiento de inconformidad contra la opresión, el despojo de la propiedad que se les hizo a los indígenas, los castigos, las persecuciones y las crueldades a las que fueron sometidos, la injusticia que clamaba al cielo. Estos factores se fueron acumulando con el transcurso de los años y harían explosión algún día para sacudir un sistema edificado sobre la represión bárbara, donde las pocas voces de protesta se perdieron en la remota corte de los reyes.

Es así como la falta de identidad racial y lingüística, la violencia que se evidenció en dichos procesos sociales de subyugación y la poca importancia que se le dio al mantenimiento de los aspectos culturales de los aborígenes, tanto en los españoles al momento de la conquista como en los criollos con posterioridad, dejaron secuelas en la población autóctona, que en materia de derechos humanos

413 Alirio Gómez Picón, *Las ideas políticas a través de la historia* (Bogotá: Librería Colombiana - Camacho Roldán, 1967), 16.

se harían patentes en conflictos posteriores de diferente índole originados por la difusión en la adopción de una identidad nacional.

La especial diversidad española en Colombia

Rosemblat estima que hacia 1570 vivían en las Indias españolas 140.000 blancos, y se calculó que para 1600 esa población ascendía a unos 200.000. Por otra parte, en Colombia, para 1570, existían 30 pueblos de blancos, 2000 vecinos, 10.000 habitantes de población blanca, 15.000 entre negros, mestizos y mulatos, mientras que la población indígena ascendía a 800.000 miembros. Esto contrasta con la población indígena para 1492, estimada en 842.000 pobladores, y con el incremento de colonizadores españoles que pasaron a 40.000 hacia 1600 aproximadamente.⁴¹⁴

Según Gómez, de estos colonizadores existen dos grupos que representan, cada uno, más o menos el 50% del total de la población. El primero está conformado por andaluces, distribuidos en el 78%, que procedían de dos provincias: Sevilla (58%) y Huelva (20%); el resto procedían de tres provincias: Badajoz, Cáceres y Salamanca. La otra mitad estaba conformada por inmigrantes originarios de las provincias castellanas viejas de Valladolid y Burgos, la castellana nueva de Toledo y la provincia andaluza de Córdoba. Luego siguen en orden descendente: Cádiz, Jaén, Vizcaya, Ávila, Segovia, Madrid, Palencia, Zamora, Santander, Ciudad Real, Guadalajara, Güipuzcoa, Soria, León, Logroño, Alava, Asturias y Cuenca.⁴¹⁵

Es indudable, entonces, que los aspectos característicos de la conquista española ya mencionados fueron determinantes en el difícil camino que nuestra cultura ha debido recorrer para obtener las variadas identidades culturales que subsisten en Colombia, y que permiten diferenciar de manera clara las diferentes regiones del país y la estructura interna de cada una de las comunidades indígenas que sobreviven.

414 Ángel Rosemblat, *La población indígena de América desde 1492 hasta la actualidad* (Buenos Aires: Institución Cultural Española, 1945).

415 Alirio Gómez Picón, *Las ideas políticas a través de la historia*, op. cit.

El resguardo

Definición y concepto jurídico

Etimológicamente, *resguardo* significa “guardia o custodia de un paraje, un litoral o una frontera. Guardia o seguridad que se pone a una cosa”.⁴¹⁶ La Corte Constitucional de Colombia definió el resguardo de este modo:

Institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna, por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales.⁴¹⁷

En términos jurídicos, se le concibió desde un principio como una extensión de tierra atribuida a una parcialidad indígena o conjunto de indígenas sometidos a una organización; divisible para su goce únicamente entre los indios del resguardo respectivo, y no enajenable, según las leyes de la Corona. Según la definición de la república, el resguardo es igualmente divisible en goce o usufructo en primera etapa. En una etapa subsiguiente es adjudicable en propiedad, con carácter de enajenable, pero con requisitos de venta de inmuebles para menores de edad.⁴¹⁸

Según la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil), en fallo de 13 de abril de 1921, “los resguardos indígenas desde la época de la Colonia han pertenecido a los indígenas, y en caso de abandono, a los municipios”;⁴¹⁹ por ende, nunca podría considerarse como tierra de nadie. Según lo anterior, es importante destacar en el resguardo dos notas importantes: lo constituye una unidad económica integrada por el término municipal de cada pueblo de indios en una reducción; por otra parte, era un bien conjunto inalienable o de propiedad común y plena de los indígenas.

Entre otras normas que protegieron los resguardos como propiedad común y plena de los indígenas, se destaca la Ley de 2 de junio de 1834, que establece

416 Real Academia Española (RAE), *Diccionario de la lengua española* (Madrid: Espasa-Calpe, 1992).

417 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-921 de 2007, 7 de noviembre de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

418 Congreso de la República de Colombia, Ley 89 de 1890, “por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”, artículo 40; Congreso de la República de Colombia, Ley 19 de 1927, “Sobre división de resguardos de indígenas”, artículo 34; Congreso de la República de Colombia, Ley 81 de 1958, “Sobre fomento agropecuario de las parcialidades indígenas”, artículo 7.

419 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Civil, Fallo de 13 de abril de 1921, *Gaceta Judicial*, t. XXVII, 1489.

que en aquellas parroquias donde se encuentre alguna porción de terreno perteneciente a un resguardo, pero destinada al servicio del cura o alguna cofradía o cualquier obra pía, este terreno acrecerá a la comunidad y será dividido y distribuido. Dispone la ley que a las parroquias indígenas que no tienen resguardo se les repartirán las tierras baldías donde se hallen situadas; esto lleva a que si existían comunidades de indios sin tierras propias de resguardo, que habitaban terrenos baldíos, se les debía distribuir también esas tierras.⁴²⁰

Es así, entonces, que el resguardo como institución medieval que aglutinó a los indígenas en un territorio específico fue considerado como un territorio que siempre pertenecía a una comunidad indígena y estaba regulado por normas civiles de estirpe europea, como la propiedad comunitaria, que impidió su enajenación en cuanto mecanismo de subyugación que mantuvo a la comunidad de nativos cohesionados en un territorio determinado para efectos económicos (como el pago de tributos) y religiosos (para permitir su cristianización). Es claro que en esos territorios los nativos desarrollaron, aun de manera limitada, su cosmovisión y dieron los primeros pasos para la consolidación de lo que hoy se llaman derechos culturales indígenas.

Evolución del resguardo

Normas coloniales

La profusión que tuvieron los resguardos en los territorios ocupados por los chibchas es una fuerte presunción sobre la existencia de una propiedad colectiva del clan o de la tribu sobre la tierra.⁴²¹ Fueron instituciones indígenas reconocidas tanto por la legislación indiana como por leyes de la República hasta la actualidad. Tienen en común que se reconoce el derecho a la propiedad colectiva de la tierra, y en la práctica conlleva el reparto de lotes por familias o individuos para llevar a cabo determinados cultivos. Ejemplo de ello es la minga, en la que predominan los trabajos colectivos.

420 Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 10 de octubre de 1942, M. P. Arturo Tapias Piloneta. *Gaceta Judicial*, tomo 60.

421 Guillermo Hernández Rodríguez, *De los chibchas a la colonia y la República* (Bogotá, Ediciones Internacionales, 1978).

Como se vio anteriormente, los resguardos hunden sus raíces en instituciones de tipo feudal y en particular en la organización gentilicia; por ende, parten de la base de: a) la incapacidad del nativo al no contar con instituciones similares a la de los españoles y b) suponen el trabajo indígena para obtener sus recursos y aquellos recursos rentísticos para la Corona. Esta reconoce el goce sobre territorios a favor de los indígenas, para obtener sumisión del aborígen y para que dicho indígena lleve una vida más acorde con la naturaleza humana a que pertenecía. Las normas de la República reconocen el goce sobre la tierra, pero luego lo transforman en propiedad o dominio, pues se buscó “rescatar al indio de sus costumbres ancestrales”, toda vez que debía producir lo necesario para que cada comunidad satisficiera sus necesidades, con lo cual los resguardos se hicieron paulatinamente más extensos territorialmente.

Normas republicanas

En la época republicana, el Libertador Simón Bolívar, una vez constituida la República, ordenó prioritariamente en Decreto de la Villa del Rosario de 1820 devolver a los naturales los resguardos. Por su parte, el Congreso de Cúcuta dictó la Ley de 21 de octubre de 1821, sancionada por el vicepresidente Santander, sobre extinción de los tributos de los indígenas, distribución de sus resguardos y excepciones que se les concedían. Otras leyes que conceden beneficios sobre el dominio de las tierras de los resguardos son la Ley de 10 de octubre de 1842, la Ley 89 de 1890,⁴²² la Ley 104 de 1919,⁴²³ la Ley 38 de 1921,⁴²⁴ la Ley 19 de 1927,⁴²⁵ el Decreto Especial 1421 de 1940 y la Ley 81 de 1958.⁴²⁶

Como puede evidenciarse, durante la época republicana el legislador expidió importante número de normas relacionadas especialmente con el resguardo indígena y, por ende, atinentes al cabildo indígena como institución de gobierno

422 Congreso de la República de Colombia, Ley 89 de 1890, “por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”.

423 Congreso de la República de Colombia, Ley 104 de 1919, “por la cual se dispone la división de algunos terrenos de resguardo”.

424 Congreso de la República de Colombia, Ley 38 de 1921, “Sobre parcialidades de indígenas”.

425 Congreso de la República de Colombia, Ley 19 de 1927, “Sobre división de resguardos de indígenas”.

426 Congreso de la República de Colombia, Ley 81 de 1958, sobre fomento agropecuario de las parcialidades indígenas.

en el resguardo. Sin embargo, dicha normatividad se orientó fundamentalmente a la reglamentación de aspectos como la propiedad colectiva de la tierra y su enajenación, así como a las funciones generales que tuvieron las autoridades indígenas dentro de tal institución; mas no en relación con sus derechos culturales ancestrales y mucho menos respecto a aspectos atinentes a la autonomía de sus autoridades para resolver los conflictos que se presentaban entre los indígenas y los particulares no indígenas, ni a las autoridades encargadas de resolverlos, aun a pesar de los múltiples conflictos de toda índole que se vivieron en todo el territorio nacional, como sucedió con la Guerra de los Mil Días y la violencia política producto de lo que posteriormente se conoció como el Frente Nacional.

Constitución Política de 1991 y bloque de constitucionalidad

La Constitución Política de 1991 regula el tema cultural al menos en una treintena de artículos, entre los que vale la pena mencionar los que se indican a continuación. El articulado magno colombiano regula el tema cultural de manera compleja y transversal, entre otros, en los siguientes artículos:

- El artículo 7, al reconocerse y protegerse por el Estado la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.
- El artículo 8, al considerar como obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación.
- El artículo 10, al reconocer las lenguas y los dialectos de los grupos étnicos como oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.
- El artículo 63, al considerar que los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley son inalienables, imprescriptibles e inembargables.
- El artículo 68, en la medida en que los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.
- El artículo 70, pues considera que la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado

promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la nación.

- El artículo 72, pues al regular el patrimonio cultural de la nación, indica que este se encuentra bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional pertenecen a la nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.
- El artículo 246, pues considera que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.
- El artículo 286, al considerar como entidades territoriales a los territorios indígenas.
- El artículo 329, pues regula la conformación de las entidades territoriales indígenas, estableciendo que se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.
- El artículo 330, al regular el gobierno de los territorios indígenas por consejos conformados y reglamentados según los usos y las costumbres de sus comunidades.

Especialmente importante para los efectos de la generación de esperanza en las comunidades indígenas con relación a sus derechos culturales fue la Ley 21 de

1991,⁴²⁷ a través de la que se aprobó el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76.^a reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), realizada en Ginebra (Suiza) en 1989. En ella el Estado colombiano acepta la aplicación de dicho convenio como bloque de constitucionalidad, que establece la necesidad de ampliar el marco legislativo a otros temas como los de consulta previa, participación, territorio y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Lo anterior se concreta de manera especial en dos artículos de la citada Ley 21 de 1991:

Artículo 5. [...] a) Reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos para lo cual deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) respetar la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) adoptar, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.⁴²⁸

Para lograrlo, el Estado colombiano se compromete a:

Artículo 6. [...] a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. [...] Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.⁴²⁹

427 Congreso de la República de Colombia, Ley 21 de 1991, "por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76.^a reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989".

428 *Ibíd.*, artículo 5.

429 *Ibíd.*, artículo 6.

Es así como por primera vez en Colombia se reconocen los derechos culturales y se le da una orientación especial al reconocimiento de los derechos humanos, sobre todo para comunidades tradicionalmente postradas en el olvido de los gobiernos y del Estado, como las comunidades indígenas y raizales. De esta manera, se sienta el germen del surgimiento del multiculturalismo y se prepara al país para afrontar un nuevo siglo en el que prima como precepto constitucional el respeto a los derechos humanos de comunidades que se desarrollaron en condiciones especiales.

Otras normas

Otras normas derivadas de la reglamentación constitucional de los derechos culturales son, entre otras, la Ley 152 de 1994, o Ley Orgánica del Plan de Desarrollo,⁴³⁰ el Decreto 1088 de 1993⁴³¹ y el Decreto 1745 de 2002,⁴³² reglamentarios de la Ley 89 de 1890,⁴³³ que prevén la asociación de cabildos y autoridades ancestrales, así como la transferencia de recursos del Estado para las comunidades indígenas y la incorporación de sus territorios en las normas de planeación y desarrollo del Estado colombiano.

Por su parte, el Decreto 2719 de 2014⁴³⁴ reguló normas que establecen los parámetros y procedimientos que deben cumplir los resguardos indígenas; así también, la asociación de resguardos para acreditar experiencia o buenas prácticas como requisito para la ejecución directa de recursos de la Asignación Especial del Sistema General de Participaciones, tales como experiencia administrativa,

430 Congreso de la República de Colombia, Ley 152 de 1994, "por la cual se establece la Ley orgánica del Plan de Desarrollo".

431 Congreso de la República de Colombia, Decreto 1088 de 1993, "por el cual se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas".

432 Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1745 de 2002, "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 715 de 2001".

433 Congreso de la República de Colombia, Ley 89 de 1890, "por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada".

434 Presidencia de la República de Colombia, Decreto 2719 de 2014, "por el cual se definen los parámetros y el procedimiento que los Resguardos Indígenas deberán cumplir para acreditar la experiencia y/o buenas prácticas como requisito para la ejecución directa de los recursos de la Asignación Especial del Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones".

financiera y adopción de buenas prácticas y sus soportes ante la Dirección Nacional de Planeación.

Deficiencias legislativas

El diseño institucional inicial de la Constitución Política contemplaba una serie de desarrollos legislativos. En algunos casos se indicó de manera expresa para definir lo correspondiente a la *jurisdicción especial indígena* y su armonización con el sistema judicial nacional la expedición de una ley (art. 246 de la Constitución Política) que estableciera lo atinente a las *entidades territoriales indígenas* (arts. 329 y 330 de la Constitución Política). Es precisamente en torno a estas deficiencias legislativas que adquiere papel trascendental la intervención de la Corte Constitucional para trazar de manera clara, y con fundamento en la interpretación de la Constitución Política en materia de diversidad étnica y cultural, las reglas y subreglas por tener en cuenta para resolver problemáticas atinentes al fuero indígena, la jurisdicción especial indígena, entre otros aspectos.

Existen algunos casos que permiten avizorar algún avance en el campo normativo, como es la Ley 691 de 2001,⁴³⁵ que dispone la creación de un Sistema Especial en Atención en Salud para los Pueblos Indígenas; la Ley 115 de 1994⁴³⁶ y su Decreto 804 de 1995,⁴³⁷ que disponen aspectos relacionados con la etnoeducación; y la Ley 65 de 1994,⁴³⁸ sobre diversidad biológica, en la que se incorporan aspectos atinentes a conocimientos y prácticas de las comunidades indígenas.

No obstante la expedición de las normas citadas para reglamentar algunos aspectos de la vida de los indígenas, por mandato mismo de la Constitución Política el Estado colombiano —en particular el Gobierno Nacional y el Congreso de la República— no dieron cumplimiento al parágrafo del artículo 246 de la Constitución Política con relación a la Jurisdicción Especial Indígena y su armonización con el sistema jurisdiccional nacional, lo que con el transcurso

435 Congreso de la República de Colombia, Ley 691 de 2001, “mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia”.

436 Congreso de la República de Colombia, Ley 115 de 1994, “por la cual se expide la Ley General de Educación”.

437 Presidencia de la República de 1995, Decreto 804 de 1995, “por el cual se reglamenta la atención educativa para grupos étnicos”.

438 Congreso de la República de Colombia, Ley 165 de 1994, “por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio sobre la Diversidad Biológica’, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992”.

del tiempo presentó serios problemas de conflictos de jurisdicción que en nada favorecieron la profusa regulación de los derechos culturales en la Constitución Política colombiana.

La dogmática constitucional en materia multicultural indígena

Ante las omisiones legislativas referidas en el punto anterior, fue trascendental la decisión de la Corte de asumir el conocimiento pleno de los casos de comunidades indígenas, en especial los que se referían al derecho propio de dichas comunidades.⁴³⁹ Ello implicó asumir dos problemas concomitantes: a) definir el carácter de las comunidades indígenas y b) definir su ámbito de competencia en cuanto al control social o lo que se podría denominar *derecho penal*, en ausencia de una ley que regule lo atinente a la jurisdicción especial indígena.

Pueblos indígenas y restricciones internas: dogmáticas encontradas

Las restricciones internas son aquellas situaciones en las que está en discusión si son constitucionalmente ajustadas determinadas limitaciones a derechos fundamentales de los indígenas, individualmente considerados por parte de sus propias comunidades, generalmente bajo la invocación de otros derechos fundamentales de índole colectiva, como los de diversidad cultural o sobrevivencia étnica. La discusión en torno a las restricciones internas debe tratarse sin desconocer la base constitucional (incluido el bloque de constitucionalidad, en la cual la Corte ha incluido no solo el Convenio 169 de la OIT, sino la declaración de Naciones Unidas que sustenta las interpretaciones). La Corte mantendrá constantemente la afirmación de que dichas normas no son suficientes *per se* para determinar un curso de acción particular:

En conclusión, los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la autonomía de la que gozan las comunidades indígenas están consagrados en la Constitución, en los tratados internacionales sobre derechos humanos, firmados y ratificados por Colombia como el convenio 169 de la OIT, y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y en parte de la legislación nacional. Estos derechos implican derechos territoriales, jurisdicción propia, reconocimiento y protección de sus tradiciones, lengua, cultura, e implica el otorgamiento de un

439 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-428 de 1992, 24 de junio de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

•El rol de protección de la justicia constitucional con los derechos de las comunidades.

especio legal particular especial con capacidad para autogobernarse, manejar recursos propios, emitir normas y sancionar. Sin embargo, la normatividad sobre el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural no constituye una escisión definitiva de las comunidades indígenas reconocidas en su especificidad, con el contexto nacional, ya que si bien los pueblos indígenas son autónomos y tiene derecho a autogobernarse, estos derechos deben coordinarse, armonizarse, conciliarse con el principio de unidad nacional debido a que las comunidades indígenas no constituyen una entidad pública por fuera de la organización del Estado.⁴⁴⁰

La diversidad étnica y cultural

Las primeras sentencias importantes son la T-428 de 1992⁴⁴¹ y la T-380 de 1993.⁴⁴² En la primera de ellas, se encontraron en peligro los derechos fundamentales a la vida y a la propiedad de la comunidad Embera Katío, afectada por la construcción de la Troncal del Café; debido a la falla geológica que existía en la zona, los usos de dinamita afectaron el trapiche, el beneficiadero de café y un establo, varias corralesas y viviendas. En dicha oportunidad se dio aplicación, por la Corte Constitucional, al Decreto 2811 de 1974, Código de Recurso Naturales,⁴⁴³ en sus artículos 27 y 28, que exigen consulta previa so pena de suspensión de las obras, a pesar de que dichas normas no se refieren de manera específica a las comunidades indígenas.⁴⁴⁴

En cuanto a la Sentencia T-380 de 1993, esta se ocupa de la tala indiscriminada del bosque nativo en el Chocó por parte de un contratista privado, frente a la omisión y negligencia de la Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (Codechocó) y en detrimento de las comunidades Embera-Katío de Chajeradó. En este último caso, la Corte profundiza sobre los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, las cuales han dejado de ser una realidad fáctica y legal

440 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-001 de 2012, 11 de enero de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

441 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-428 de 1992, 24 de junio de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

442 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-380 de 1993, 24 de febrero de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

443 Congreso de la República de Colombia, Decreto Ley 2811 de 1974, "Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente".

444 Camilo Borrero García, *Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia. Una dogmática ambivalente* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2014).

a un sujeto portador de derechos fundamentales; y no solo sus miembros individualmente considerados, sino la comunidad misma:

La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas colectividades como sujetos colectivos autónomos, y no como simples agregados de sus miembros, que precisamente se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias.⁴⁴⁵

En consecuencia, tienen diferencias de otros colectivos, como los grupos o las asociaciones, y por ello son titulares de derechos fundamentales:

Las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce del derecho a la vida consagrado en el Artículo 11 de la Constitución. [...] La prohibición de toda forma de desaparición forzada (C.P. Art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social.⁴⁴⁶

Ahora bien, el Estado tiene el deber constitucional de conservar las áreas de especial importancia ecológica, lo que supone un manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en zonas de selva húmeda tropical (art. 79 de la Constitución Política) y en los territorios indígenas (art. 330 de la Constitución Política), diferente al concedido a la explotación de recursos naturales en otras áreas, siempre bajo el parámetro de su desarrollo sostenible, su conservación, su restauración o sustitución; por eso, existen límites distintos en lo relacionado con su utilización capitalista o comercial.

Ni una entidad comercializadora ni la misma comunidad indígena podrían llevar a cabo una explotación forestal que pusiera en riesgo la integridad cultural, social y económica de estas comunidades:

En favor de la comunidad indígena siempre podrá aducirse la doctrina *ultra vires* frente a actuación de sus autoridades que hayan dispuesto ilegal o arbitrariamente de

445 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-380 de 1993, 24 de febrero de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

446 *Ibid.* En este último acápite se refiere la Sala a la posibilidad de que la cultura de las comunidades indígenas, que corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, pueda ser extinguida o gravemente desestabilizada si su medio ambiente sufre un deterioro severo.

•El rol de protección de la justicia constitucional con los derechos de las comunidades•

las riquezas naturales comprendidas en su territorio, y a las cuales, por lo tanto, se las debe despojar de todo poder vinculante.⁴⁴⁷

En Sentencia T-728 de 2002, en el caso de un homicidio y de colisión de jurisdicción, la Corte precisó:

La Constitución privilegia, de manera significativa, la autonomía de las comunidades indígenas, una de cuyas expresiones es precisamente la jurisdicción especial indígena. El ordenamiento constitucional reconoce que la nacionalidad, como elemento esencial del Estado, se construye a partir de su realidad multiétnica y multicultural, fundada en el respeto de la dignidad humana, la solidaridad, el pluralismo y la protección de las minorías. Esta concepción de la organización política, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, expulsa todo trato discriminatorio basado en la diversidad sociocultural de la nación colombiana.⁴⁴⁸

De allí se derivan las facultades relativas el fuero especial indígena, que emanan de manera casi literal del artículo 246 de la Constitución Política, que implican una formulación clásica del multiculturalismo integracionista:

Esa norma comprende, entonces: (i) la facultad de las comunidades de establecer autoridades judiciales propias; (ii) la potestad de conservar o proferir normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de los elementos anteriores [(i) y (ii)] a la Constitución y la Ley; (iv) la competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación inter jurisdiccional, sin que, en todo caso, (v) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la ley mencionada.⁴⁴⁹

De lo dicho se puede inferir que fue solamente a través de las sentencia reseñadas de la Corte Constitucional, en sede de tutela, que dicha Corporación, al decidir asumir el conocimiento de los asuntos atinentes a los pueblos indígenas y a las restricciones internas existentes, aun ante la ausencia de preceptos legales que reglamentasen el artículo 246 de la Constitución Política, entre otras, construyó toda una “dogmática” relacionada con la diversidad étnica y cultural, así como con la autonomía de las comunidades indígenas, el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena, que se profundizaría y perfilaría aún más en pronunciamientos posteriores, como los que se indican a continuación.

447 Ibid.

448 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-728 de 2002, 22 de enero de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

449 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-463 de 2014, 18 de febrero de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa.

El debido proceso en sentido estricto

En casi todos los pronunciamientos que se refieren a este tema, la Corte invoca tres sentencias: T-254 de 1994,⁴⁵⁰ T-349 de 1996⁴⁵¹ y SU-510 de 1998,⁴⁵² las que considera son complementarias y han supuesto un derrotero unívoco en el que cada vez logra mayor precisión conceptual. En la Sentencia T-254/94, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz, se considera respecto de las comunidades indígenas:

Son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social. [...] Las comunidades indígenas no se equiparan jurídicamente a una simple asociación. Son una realidad histórica, dinámica, caracterizada por elementos objetivos y subjetivos que no se reducen al *animus societatis* propio de las asociaciones civiles. Se nace indígena y se pertenece a una cultura, que se conserva o está en proceso de recuperación. La pertenencia a una comunidad indígena no surge por un acto espontáneo de voluntad de dos o más personas. La conciencia de una identidad indígena o tribal es un criterio fundamental para la determinación de cuando se está ante una comunidad indígena, de suerte que la mera intención de asociarse no genera este tipo de colectividad. (Decreto 2001 de 1998, Art. 2°, Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la Ley 21 de 1991).⁴⁵³

Con relación al apartado final del artículo 246 de la Constitución Política, que exige que “la ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional”, la Corte sienta por primera vez el principio de que no es necesaria la expedición de la ley para que las jurisdicciones indígenas puedan operar.

Por otro lado, respecto a la tensión consistente en tratar de establecer un régimen dual, que a la vez permitiera la autonomía étnica, mantuviese el respeto general a la Constitución y a la ley, así como a los principios y valores que inspiran el

450 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254 de 1994, 30 de mayo de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

451 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349 de 1996, 8 de agosto de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

452 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510 de 1998, 18 de septiembre de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

453 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254 de 1994, 30 de mayo de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Estado social de derecho, la Corte considera que está supeditada a la condición de que sus normas y procedimientos “no sean contrarios a la Constitución y a la Ley”:

Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación:

A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura, [...] debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. [...] La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres —los que deben ser en principio respetados— de aquellos que no los conservan, y deben por lo tanto, en mayor grado, regirse por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho, por efecto de la imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones. (Subregla matizada por la Sentencia T-514 de 2009, dándole un carácter más descriptivo que normativo).

Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y a Ley es un deber de todos los nacionales en general (Art. 4, 6 y 95 de la C.P.), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.

Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional —diversidad pluralismo— y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y

cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la Ley, pues pondría en peligro su conservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (Art. 246 C.P.) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (Art. 330 C.P.) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

Los usos y costumbre de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra lege, por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que *mutatis mutandis*, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que solo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas.⁴⁵⁴

Según la Corte, la limitación a la potestad punitiva va en beneficio de la misma comunidad indígena y sus posibilidades de preservar la cultura. Sobre este particular, indica:

Las sanciones o penas colectivas son contrarias al principio de que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa. [...] Adicionalmente la ley penal se erige sobre el principio de responsabilidad individual, que supone el juzgamiento del acusado, y el respeto al principio de presunción de inocencia.⁴⁵⁵

Finalmente, la Corte establece una especie de pluralismo jurídico automático en relación con los casos fallados por las comunidades indígenas. En caso de que sobre las materias juzgadas no existan usos y costumbres, se aplicará automáticamente la legislación nacional:

Ante la ausencia de usos y costumbres indígenas debidamente comprobados en lo que atañe al reconocimiento de las mejoras producidas por el cultivo de la tierra en la comunidad indígena de El Tambo, son aplicables las disposiciones de la Ley Civil sobre la materia y son los jueces civiles los llamados a dirimir la diferencia que ha surgido entre las partes.⁴⁵⁶

.....
454 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254 de 1994, 30 de mayo de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

455 Ibíd.

456 Ibíd.

En cuanto al tema de la autonomía, es particularmente interesante la directriz dogmática que sienta la Corte,⁴⁵⁷ tanto en lo relacionado con el estudio de casos concretos como con el trabajo legislativo mismo de llegarse a presentar (art. 246 de la Constitución Política). Sin embargo, es claro que para que exista dicha autonomía no es indispensable la expedición de dicha ley:

La superación de los principios mencionados, conforme con la directriz establecida por esta Corte, puede ser hecha solo frente a casos concretos. En una sociedad como la colombiana, en la que existen 81 pueblos indígenas, muchos de ellos conocidos solo por especialistas, cuyos sistemas jurídicos pueden ser clasificados en 22 grupos, resulta aventurado establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y unidad. Si bien el legislador tiene competencia para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural, y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente solo si se permite un amplio espacio de libertades a las comunidades indígenas, y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas a mecanismos de solución de conflictos específicos, como las acciones ordinarias o la acción de tutela. Estos mecanismos, además, cumplen el requisito establecido por el numeral 2 del artículo 8 del Convenio 169 de la OIT.⁴⁵⁸

Esta posición se amplía ilustrativamente al dar las consideraciones por las que ha de declararse inexequible el artículo 5 de la Ley 89 de 1890,⁴⁵⁹ que ponía en cabeza del gobernador del cabildo la función correccional:

La restricción anotada desconoce la realidad de la aplicación de sanciones en las comunidades indígenas, como quiera que cada comunidad tiene formas diversas de resolución de conflictos, a cargo de personas que no siempre son gobernadores de cabildo y que, incluso, pueden ser órganos colectivos. Así, se pueden distinguir sistemas de resolución de disputas segmentarios (en los que la autoridad es ejercida por miembros del grupo familiar), permanentes (en los que la administración de justicia está a cargo de autoridades centralizadas), religiosos (en los cuales se recurre a la opinión del conocimiento mágico —como los piache entre los wayuu o los jaibaná entre las culturas del pacífico— o de representantes de instituciones religiosas), e incluso

457 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-139 de 1996, 9 de abril de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

458 Ibid.

459 Congreso de la República de Colombia, Ley 89 de 1890, “por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”.

mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la compensación (arreglo directo entre miembros de dos grupos familiares).⁴⁶⁰

Esta doctrina es reiterada en sede de tutela a través de la Sentencia T-349 de 1996, que es la sentencia más invocada en esta materia por la Corte Constitucional y plantea una subregla que combina la diversidad y la necesidad de la autonomía para asegurar la supervivencia cultural:

Puede concluirse como regla para el intérprete que la regla de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar los intereses de superior jerarquía. [...] Supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, solo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v. gr: la seguridad interna).
- b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.⁴⁶¹

Para desarrollar el anterior principio, el intérprete debe estudiar concienzudamente las características de la etnia o comunidad específica sobre la cual se pronuncia.⁴⁶² Pero va más allá: el límite de restricciones que se les puede imponer en abstracto a las comunidades indígenas para preservar su autonomía, diferenciando los casos en que una comunidad juzga comportamientos en que se ven involucrados miembros de otras comunidades de aquellos en que la situación es enteramente interna a dicha comunidad y todos los involucrados comparten el mismo universo cultural; por ende, es a estos últimos donde apunta la argumentación de la Corte. En otras palabras, el principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo.

.....
460 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-139 de 1996, 9 de abril de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

461 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349 de 1996, 8 de agosto de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

462 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523 de 1997, 4 de febrero de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510 de 1998, 18 de septiembre de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser los mínimos aceptables referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atender contra los bienes más preciados del hombre, que incluyen solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Este núcleo de derechos no puede ni siquiera ser suspendido en caso de conflicto armado.⁴⁶³ A este conjunto de derechos habría que agregar el de la legalidad en el procedimiento; y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional (art. 246 de la Constitución Política). Pero la exigencia no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades.

La exigencia de respeto a los derechos fundamentales se restringe al máximo. Casi que únicamente se podrían invocar por vía de tutela los correspondientes a tres situaciones graves: graves restricciones que pongan en riesgo la vida (prohibición de pena de muerte y tortura), la libertad bajo una forma que prohíbe, por ejemplo, la esclavitud y el debido proceso en la fórmula adoptada de lo previsible. Las otras materias que forman parte de la autonomía de las comunidades indígenas deberían tener por tanto una forma distinta de tratamiento, pues no podrían ser supeditadas a un control posterior ajeno a su propia cultura. No obstante, en Sentencia C-463 de 2014 consideró:

Limitar la autonomía indígena frente a cualquier norma legal o constitucional resultaría inconsistente con la decisión constituyente de elevar la autonomía jurisdiccional indígena a derecho fundamental, pues (i) no pudo defenderse la jerarquía y la fuerza normativa de la Constitución si sus normas son desplazadas por todo mandato legal imperativo y (ii) como no existe un orden jerárquico preestablecido entre las cláusulas superiores de la Carta, tampoco puede preverse, en abstracto, que una norma Superior, el artículo 246 en este escenario, puede ser desplazada por cualquier otra cláusula Superior.

Consecuentemente, la Sala Cuarta de Revisión planteó que la autonomía de las comunidades debe respetarse al máximo y que solo puede ser limitada frente a lo verdaderamente intolerable, a partir de un consenso intercultural de la mayor amplitud posible. De esa reflexión, nació el principio de maximización de la autonomía, que

.....
463 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, artículo 4; Convención Europea de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1950, artículo 15; Convención Americana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969; Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, 9 de diciembre de 1975, artículo 2. Art. 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 relativos al Derechos a la Guerra.

con el tiempo se convirtió en el criterio de interpretación más relevante en este tipo de procesos.⁴⁶⁴

Al momento de hacer explícito cuál es ese contenido de lo verdaderamente intolerable, la Sala citada afirmó que existe un consenso lo suficientemente amplio en torno a la inviolabilidad de (i) el derecho a la vida, (ii) la prohibición de tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes, (iii) la prohibición de servidumbre y (iv) el debido proceso. Ese conjunto de normas constituyen límites inviolables para cualquier autoridad judicial, incluidas las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, cuando asumen el ejercicio de su jurisdicción.⁴⁶⁵

Como puede observarse en este acápite, la Corte Constitucional, a través de las sentencias citadas, al profundizar los temas crea unas reglas y subreglas de interpretación en los asuntos específicamente tratados, como lo son el debido proceso, la autonomía indígena y el fuero indígena, de manera principal, con lo cual genera una especie de dogmática de interpretación relativa al derecho fundamental de participación cultural, pero las armoniza con las normas generales del Estado colombiano. Así, se configuran claros límites a los derechos culturales y humanos, de manera que los armoniza con cautela con los derechos de las demás

464 Los criterios de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas (o bien, de “minimización de las restricciones a su autonomía”), según la Sentencia C-463 de 2014, solo son admisibles cuando (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, en las circunstancias del caso concreto; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para el ejercicio de esa autonomía. (iii) La evaluación de esos elementos debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-463 de 2014, 18 de febrero de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa. Principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”: la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas es más amplia cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad, que cuando afectan a miembros de dos culturas diferentes (o autoridades de dos culturas diferentes), pues en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión, como lo ha explicado la Corte. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-496 de 1996; 4 de junio de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Principio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”, este principio fue formulado por primera vez en la Sentencia T-254 de 1994, en los siguientes términos: “La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la ‘vida civilizada’ (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres —los que deben ser, en principio, respetados—, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254 de 1994, del 30 de mayo de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

465 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-463 de 2014, del 18 de febrero de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa.

comunidades del país. La Corte Constitucional presenta, en el fondo, un efecto de la visión del multiculturalismo en nuestro medio en el que se conjuga una visión cultural indígena con una visión cultural general.

El fuero indígena

Se trata de un conjunto de sentencias que se ocupan del fuero indígena y, por extensión, de las reglas dogmáticas que han impulsado a la Corte Constitucional para dirimir conflictos de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria. La Sentencia T-001 de 2012 establece que, en el caso estudiado, sí era competente la jurisdicción indígena, a pesar de tratarse de un caso que involucraba a un menor.⁴⁶⁶ Las sentencias citadas son las: T-496 de 1996,⁴⁶⁷ T-552 de 2003,⁴⁶⁸ T-1238 de 2004,⁴⁶⁹ T-945 de 2007⁴⁷⁰ y T-617 de 2010,⁴⁷¹ complementadas por la Sentencia T-002 de 2012.⁴⁷² En la Sentencia T-496/96, con relación al fuero, indica:

Del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo; pero ello no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites que se concretan dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora debemos señalar que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas,

.....
466 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-001 de 2012, 11 de enero de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

467 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de T-496 de 1996, 4 de junio de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

468 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-552 de 2003, 10 de julio de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

469 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1238 de 2004, 12 de diciembre de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

470 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-945 de 2007, 8 de noviembre de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

471 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-617 de 2010, 5 de agosto de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

472 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-002 de 2012, 11 de enero de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

y las autoridades de su propia comunidad, uno de carácter geográfico, que permiten que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas.⁴⁷³

A partir de esta doble consideración, la Corte establece diferentes escenarios en el evento de que un indígena, por fuera de su territorio, cometa un ilícito, dependiendo de si la conducta investigada es o no sancionada por ambas culturas (la nacional y la indígena) y si el sujeto agresor entendía la gravedad de su conducta. En estos casos serán competentes los jueces ordinarios. Si no entendía tal carácter, procederá la devolución del individuo a su entorno natural. Pero si la conducta es sancionada en ambos ordenamientos, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado por uno u otro sistema jurídico, o bien, devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo con sus normas y procedimientos. En la Sentencia T-552 de 2003 se indicó:

Establecida la existencia de una comunidad indígena, que cuente con autoridades propias que ejerzan su poder en el ámbito territorial determinado, surge directamente de la Constitución el derecho al ejercicio de la jurisdicción. Las prácticas y usos tradicionales constituyen el marco de referencia para el ejercicio de esa facultad, pero su determinación corresponde de manera autónoma a la propia comunidad indígena, con la sola limitación de que ese sistema normativo tradicional, no puede contrariar la Constitución, ni las Leyes. Esta última condición [...] solo sería objeto de una verificación *ex post*, para la garantía de los derechos fundamentales de las personas que pudiesen verse afectadas por la acción o por la omisión de las autoridades indígenas.⁴⁷⁴

Ahora bien, debe considerarse que la Corte precisa que si una comunidad indígena asume el juzgamiento de estos casos, tiene que ser consistente hacia el futuro y respetar una especie de derecho a la igualdad de su integrantes; así también, que el fuero no puede convertirse en un mero factor de impunidad y, por ende, tiene que considerarse la condición de las víctimas. Cuando la víctima no es parte de la comunidad, la sentencia en mención indica:

473 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-496 de 1996, 4 de junio de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

474 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-552 de 2003, 10 de julio de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Cuando se afecta a una persona ajena a la cultura cuyas autoridades se pretenden competentes sería necesario evaluar, en cada caso concreto, las circunstancias para establecer, si además de la localización geográfica de la conducta, es posible referirla también al ámbito cultural, o si, por el contrario, es una actuación ilícita que se ha desenvuelto por fuera de ese ámbito, y frente a la cual podría prevalecer los derechos de la víctima a la verdad a la reparación, y a la sanción de los responsables, garantizados por el ordenamiento nacional.⁴⁷⁵

Si todos forman parte de la misma comunidad y universo cultural, el ejercicio de la jurisdicción debe constituir un efectivo instrumento de control social, y no un mecanismo de impunidad que termine por deslegitimar la propia jurisdicción ante la misma comunidad que inicialmente la reclamaba, y en cuyo beneficio se reconoció. De ahí que el debate no puede ser insensible frente al derecho de las víctimas de la conducta delictivas. La Sentencia T-1238 de 2004, en cuanto a los requisitos territoriales y subjetivos, los amplía en su dogmática:

El ordenamiento jurídico contempla tres posibilidades para el tratamiento de los asuntos penales en los que el sindicado sea un indígena: en primer lugar, está el fuero especial indígena que se deriva de la Constitución, del cual, sin embargo, como se ha visto, el elemento étnico es solo una condición parcial; en segundo lugar, en el ordenamiento penal está prevista la inimputabilidad por diversidad sociocultural, y finalmente, también puede aplicarse como causal de exclusión de la responsabilidad, el error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, caso en el cual la persona debe ser absuelta (sin remitírsele a la autoridad indígena, pues se reconoce que no se dan los presupuestos para que conozca la jurisdicción especial indígena) y no declarada inimputable conforme a lo señalado [...] en Sentencia T-370 de 2002.⁴⁷⁶

Las sentencias T-617 de 2010⁴⁷⁷ y T-002 de 2012⁴⁷⁸ contienen los cuadros resumen sobre las reglas dogmáticas que operan actualmente para la Corte en materia de fuero indígena, y al mismo tiempo se introduce con fuerza el tema del interés superior o prevalente por el menor.

475 Ibid.

476 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1238 de 2004, 12 de diciembre de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

477 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de T-617 de 2010, 5 de agosto de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

478 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-002 de 2012, 11 de enero de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

Conclusiones

El resguardo indígena como institución feudal de dominio, con fines principalmente religiosos y rentísticos para la Corona española, conllevó a partir de la conquista y el desarrollo de la colonización de América el desalojo de las tierras de los indígenas, vinculadas estrechamente con sus creencias y cultura de sus antepasados. Ello trajo consigo pérdida de importantes costumbres ancestrales de los pueblos nativos, lo que conllevó pérdida de identidad cultural y, por ende, implicó el desconocimiento de su propia universalidad en la concepción del individuo y de la comunidad como un todo.

No obstante lo anterior y el traslado de comunidades indígenas a tierras que constituyeron resguardos, con finalidades de cristianización y de pago de rentas o impuestos a la Corona española, en alguna medida aislados del resto de pobladores, se les permitió conservar algunas costumbres que se mantuvieron durante considerable tiempo, así como generar sus propias instituciones y establecer una “legislación” indiana no muy lejana de la existente en periodos prehispánicos.

El objetivo de la continuidad del resguardo en la época moderna está constituido por una visión bastante conservadora del fenómeno, en la medida en que el legislador colombiano no ha echado mano de verdaderas reformas agrarias para sustituir la anacrónica organización comunal, ni el enclaustramiento jurídico económico de los resguardos, pues se busca mantenerlos agrupados a fin de mantener sus tradiciones, alejados de las normas civiles comunes. Sin embargo, lo anterior va en desmedro de su autonomía presupuestal respecto de los recursos que reciben del Estado, ya que estos terminan siendo administrados por muy pocas manos, en beneficio, muchas veces, de intereses ajenos a los intereses culturales y sociales de los indígenas, como se ha podido evidenciar recientemente en el caso de los indios wayuu de la Guajira colombiana frente a la desnutrición infantil.

Asimismo, es importante destacar que el medioambiente desempeñe un papel fundamental en las comunidades indígenas, por lo cual su amparo es de igual trascendencia a los derechos étnicos que se le deben brindar a estas comunidades que gozan de especial protección del Estado.

A partir de la Constitución de 1991, el Estado colombiano, al reconocer la diversidad étnica y cultural, ha generado un movimiento indigenista que ha permitido desarrollar a los indígenas derechos como individuos y como grupo.

Ello exige reconocimiento de identidad, valores, rasgos, usos, costumbres, así como forma autónoma de gobierno y de justicia. No obstante, en ciertos casos, como en el de Tierradentro, el derroche de presupuesto de algunas comunidades indígenas ha propiciado el abuso frente a los campesinos desprotegidos y abandonados por el Estado, en materia de tierras que se agregan a los resguardos, aun a la fuerza, generando en alguna medida desplazamiento de campesinos de la región.

Desde su magno reconocimiento étnico y cultural, el posicionamiento de los derechos humanos para las comunidades indígenas ha ganado fuerza vinculante, en la medida en que algunas pocas normas expedidas para reglamentar la Constitución Política y especialmente las decisiones judiciales proferidas mayoritariamente en sede de tutela por la Corte Constitucional, cada vez con mayor énfasis, les reconocen su autonomía y sus creencias, consideradas perdidas en épocas pasadas, al punto de interpretar su cosmovisión como soporte fundamental de sus decisiones, de su autonomía y de su fuero indígena. En igual sentido, a través de normas se les transfiere del Sistema General de Participaciones recursos propios del Presupuesto General de la Nación, y se les hace partícipes de instituciones como el Congreso de la República, con curules y representación inmodificables.

Conviene finalmente destacar la “dogmática” que en sede de tutela, y ante la ausencia de regulación legal, ha diseñado la Corte Constitucional en materia de autonomía, jurisdicción especial indígena, fuero indígena, entre otros temas del multiculturalismo, que dan forma y límites claros a los derechos de los indígenas en Colombia, al tiempo que augura esperanza en el futuro mantenimiento de las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas, en particular en los actuales tiempos del posconflicto, luego de la firma del Acuerdo de Paz entre el Estado colombiano y la guerrilla de las FARC. Tal dogmática puede sintetizarse así, no sin antes advertir que la paz tiene serias implicaciones en los ordenamientos locales, que hacen indispensable la construcción clara de su jerarquía normativa.